NORMAS GERAIS SOBRE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS — NATUREZA E IDENTIFICAÇÃO NO ESTATUTO JURÍDICO FEDERAL VIGENTE — PERSPECTIVA DE NOVOS PROJETOS MODERNIZADORES*

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

1. A questão da natureza jurídica da licitação e dos contratos administrativos. 2. A caracterização das normas de condicionamento federativo da administração pública. 3. Os tipos de normas gerais na Constituição. 4. Identificação das normas gerais no atual Estatuto Federal. 5. Os princípios da licitação. 6. Perspectiva de projetos modernizadores — Conclusões.

1. *A questão da natureza jurídica da licitação e dos contratos administrativos*

A polêmica surgida com a edição do Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, na vigência da Constituição de 1969, sobre a natureza jurídica das normas sobre licitação e contratos administrativos, se seriam elas de direito financeiro ou de direito administrativo, deixa, ainda alguns rescaldos.

Ela parecia superada com o advento da Constituição de 1988, uma vez que substituiu a dúvida sobre a competência da União para legislar sobre normas gerais da matéria, pela certeza dessa competência. Com efeito, na Constituição de 1969, atribuía-se à União competência para editar "normas gerais sobre orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública" (art. 8º, XVII, "a"), o que criava então o problema do enquadramento das licitações e dos contratos administrativos, ao passo que, hoje, na Constituição de 1988, a competência para a edição de normas gerais sobre esses dois assuntos está expressa (art. 22, XXVII).

* Exposição feita a convite da Fundação Orlando Gomes, em Salvador, Bahia, em 28 de agosto de 1992.

Com a explícita afirmação da competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratos administrativos, superou-se apenas o problema da aplicabilidade do Decreto-lei nº 2.300/86, mas permaneceram dois outros: o da conceituação das normas gerais e o da determinação da natureza jurídica dessas normas: se administrativas ou financeiras.

Quanto ao problema da conceituação das normas gerais e de sua identificação prática, o concurso da doutrina tem sido satisfatório, em matéria inçada de tantas dificuldades técnicas, devendo-se sublinhar a notável contribuição de Alice Gonzalez Borges.[1]

Quanto ao problema da determinação da natureza jurídica das normas sobre licitação e contratação administrativa, permanece como um desafio de interpretação constitucional, uma vez que toca ao próprio conceito federalista, do qual a autonomia político-administrativa das unidades federadas é princípio essencial.

Como lucidamente adverte Adilson Abreu Dallari, "Embora superada a controvérsia, é preciso insistir neste ponto porque a competência, a liberdade, a autonomia das pessoas jurídicas de capacidade política são diferentes quando se trata de assuntos de natureza administrativa e de natureza financeira", ainda porque, no contexto federativo, esclarece: "Sendo a licitação matéria de direito administrativo, deve ser ela disciplinada pela legislação de cada pessoa jurídica de capacidade política, de acordo com suas peculiaridades".[2]

O Constituinte de 1988 distinguiu claramente a competência para legislar sobre direito financeiro, da competência para legislar sobre direito administrativo: a de direito financeiro está tratada no art. 24, I, dando-se-lhe balizamentos constitucionais em outros dispositivos: os arts. 70 a 75 e 163 a 169; já a de direito administrativo está implícita no princípio da autonomia federativa do art. 18, *caput*.

Essa distinção, porém, não é bastante para que dela se possa deduzir, à primeira vista, qual o enquadramento da competência específica para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa: se de direito financeiro ou se de direito administrativo.

Em outros termos, há duas hipóteses a serem consideradas: ou a matéria de licitação e contratos administrativos é de direito financeiro e, neste caso, o constituinte apenas deu-lhe um tratamento específico, no art. 22, XXVII, ou a matéria é de direito administrativo e, se o for, o constituinte excepcionou o princípio de autonomia político-administrativa das unidades federadas.

[1] Alice Gonzalez Borges, *Normas Gerais no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos*, Ed. RT, São Paulo, 1991.
[2] Adilson Abreu Dallari, *Aspectos Jurídicos da Licitação*, Ed. Saraiva, São Paulo, 3. ed., 1992, p. 11.

Admitida a primeira hipótese, de tratar-se de matéria financeira, a regra específica de competência do art. 22, XXVII, torna privativo o que seria concorrente, se apenas existisse a regra geral de competência, do art. 24, I. Em conseqüência, ter-se-ia retirado dos Estados e do Distrito Federal a possibilidade de lhes ser devolvida a competência plena em caso de inexistência de lei federal (art. 24, § 3º) embora, inexplicavelmente, os Municípios pudessem exercer sua competência suplementar na matéria (art. 30, III).

Essa categorização da primeira hipótese conduziria à conclusão de que o legislador constitucional, deliberadamente, teria cerceado uma competência suplementar de direito financeiro no tocante aos Estados e Distrito Federal, mas não quanto aos Municípios, sem qualquer razão aparente para introduzir tal desequilíbrio federativo, não obstante o peso dos princípios fundamentais dos arts. 1º e 18.

Afastada a primeira hipótese por conduzir a uma anomalia, resta-nos, pois, a segunda: trata-se de matéria administrativa, essa regra específica de competência do art. 22, XXVII, constituindo-se, assim, numa exceção ao princípio fundamental da autonomia político-administrativa, que é homogeneamente imposto aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Se se der prevalência a essa segunda hipótese, até mesmo em razão do primado do princípio federativo, os constituintes de 1988 teriam dado razão, afinal, aos autores que, como Geraldo Ataliba,[3] concluíam pela impossibilidade de subsumir a licitação e os contratos administrativos a um ramo jurídico de espectro bem delimitado, apenas circunscrito à disciplina dos dinheiros públicos (orçamento, contabilidade pública, gestão financeira e orçamentária, crédito e receita públicos e fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial), posição que também compartilho.

Neste caso, torna-se necessário aprofundar na investigação sobre a natureza jurídica excepcional dessas normas, como a do art. 22, XXVII, da Constituição de 1988, que impõem uma limitação aos poderes de auto-organização político-administrativa das unidades federadas, para bem compreendermos o fenômeno constitucional de que cogitamos.

2. *A caracterização das normas de condicionamento federativo da administração pública*

Devemos partir de uma distinção da maior importância em nível de Direito Administrativo de assento constitucional: entre as atividades administrativas finalísticas e as atividades administrativas instrumentais.

[3] Geraldo Ataliba, *Licitação ou concorrência para fornecimento à administração pública*, RT, São Paulo, 403:54.

As atividades administrativas finalísticas são as que se referem à satisfação concreta, direta e imediata dos interesses públicos atinentes à sociedade. Esses são os interesses públicos primários, para o atendimento dos quais se justifica a própria existência do Estado. E, como esses interesses são externos em relação à instituição estatal, fala-se em administração pública externa.

As atividades administrativas instrumentais são as que se referem à satisfação concreta, direta e imediata dos interesses públicos atinentes ao próprio Estado. Esses são os interesses públicos secundários, ou derivados, para o atendimento dos quais o Estado se organiza. E, como esses interesses são, portanto, internos à instituição estatal, fala-se em administração pública interna.

Ora, numa federação, a administração pública externa deve ser constitucionalmente partilhada entre as entidades políticas, ao passo que a administração pública interna, por ser indissociável da autonomia política, comporta apenas ser constitucionalmente condicionada.

São, por isso, dois os sistemas a serem distribuídos no âmbito das atividades administrativas do Estado disciplinadas na Constituição: *primo*, um sistema de partilha federativa de competência (normativa e executiva) da administração pública externa, distribuindo-a entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; *secundo*, um sistema de condicionamento federativo de competência (normativa e executiva) da administração pública interna, de competências da União próprias para interferir no exercício da competência administrativa das demais entidades políticas.

Pode-se observar que o sistema de partilha de competência refere-se, preponderantemente, às atividades administrativas finalísticas, dando surgimento, em conseqüência, aos campos de atuação da administração pública determinados segundo seu conteúdo, como a administração da segurança pública, a administração do ensino público, a administração da saúde pública etc. — os ramos materiais da administração pública.

Por outro lado, o sistema de condicionamento do exercício da competência tem a ver, quase que exclusivamente, com as atividades administrativas instrumentais, dando origem, assim, aos setores de atuação da administração pública, de pessoal, do patrimônio, na fiscalização financeiro-orçamentária etc. — ramos instrumentais da administração pública.

A partilha de competência dos ramos materiais da administração pública é, por sua natureza de normalíssima dicção constitucional, pois através dela se desenha o modelo federativo. Distintamente, o condicionamento constitucional da competência administrativa dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios é extraordinário e excepcional, uma vez que todas essas entidades têm sua auto-administração assegurada pelo princípio da autonomia federativa.

É, portanto, em decorrência desse princípio fundamental das federações, que qualquer condicionamento da competência administrativa das entidades federadas é sempre uma exceção à sua auto-administração, isto é, à plena disposição, por parte de cada unidade, de sua organização, de seu pessoal, de seus bens, de seus atos e de seus serviços. Essa é a razão pela qual só pode prevalecer se estiver inequivocamente explicitada no próprio texto constitucional e apenas nos limites expressos, inadmitindo-se cerceamento de poderes federativos por extensão interpretativa.

Em outros termos: cada entidade pública legislará ampla e autonomamente sobre seu próprio direito administrativo, salvo naquelas matérias instrumentais que hajam sido unificadas, em caráter excepcional, pelo legislador constituinte, visando a um tratamento nacional homogêneo e dentro dos limites expressamente definidos, pois aí temos uma intervenção genérica, a ser aplicada sempre restritivamente.

Essas exceções condicionadoras da autonomia político-administrativa dos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios se encontram disseminadas por todo o texto da Constituição de 1988, assim como já se continham nas anteriores cartas republicanas, embora deva-se registrar o seu aparecimento em maior número e com maiores detalhes, o que parece confirmar indicando uma tendência histórica à unificação nacional do direito administrativo.

Assim é que, entre dezenas de normas de condicionamento federativo da administração pública, também o art. 22, embora dirigido, no seu todo, ao propósito de partilhar a competência substantiva de administração externa, trata, em quatro incisos, de interferências de cunho homogeneizador na matéria de administração interna.

São as seguintes: diretrizes da política nacional de transportes (inciso IX), normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares (inciso XXI), diretrizes e bases da educação nacional (inciso XXIV) e, no tocante à administração interna, de modo especial, as normas gerais de licitação e de contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle (inciso XXVII).

Ocioso, por certo, estabelecer aqui, com suporte gramatical e lógico, a sinonímia das expressões "diretrizes" e "normas gerais" nos dispositivos em comento.

Observe-se, porém, que, diferentemente, o art. 24, que prevê a competência concorrente, não trata de condicionamento federativo da administração pública, limitando-se a partilhar poderes administrativos para o desempenho de atividades finalísticas.

3. *Os tipos de normas gerais na Constituição*

Essa análise comparativa dos dispositivos dos arts. 22 a 24 da Constituição, à luz da distinção apresentada, entre normas de partilha federativa de competência e de condicionamento federativo de competência, revela-nos a existência de dois tipos de normas gerais no direito constitucional positivo brasileiro: as editadas pela União no exercício da competência concorrente, com sentido de partilhar poderes administrativos substantivos entre União e Estados-membros (art. 24) e aquelas, também editadas pela União, com o objetivo de condicionar o exercício dos poderes administrativos instrumentais de todas as demais unidades federadas (art. 22).[4]

Torna-se agora mais claro porque, no caso da competência concorrente, inexistindo lei federal sobre normas gerais, dispositivo expresso autoriza que se consolidem nos Estados e Distrito Federal, os poderes para dispor plenamente sobre a matéria (art. 24, § 3º), ao passo que, no caso da competência privativa, tal dispositivo é desnecessário, de vez que, mesmo inexistindo lei federal sobre normas gerais da política nacional de transporte, de organização, efetivos, material bélico e garantias das polícias militares e corpos de bombeiros militares,[5] educação nacional, de licitação e contratação administrativa, os Estados-membros e o Distrito Federal não poderiam ficar impedidos de exercer seu poder-dever de administrar esses interesses públicos a seu cargo.

O que os Estados e o Distrito Federal não poderiam fazer, obviamente, é ultrapassar o âmbito de sua administração material para se substituírem à União no âmbito nacional que lhe é próprio; eis porque assuntos tais como convocação e mobilização de polícias militares e corpos de bombeiros não poderiam ser objeto de legislação local — não há, no caso, norma de condicionamento federativo, da administração pública, mas de partilha federativa da administração pública.

A conclusão que se pode retirar dessa distinção, em resumo, ressalta-se evidente: as normas gerais editadas no emprego de competência concorrente são do tipo que admite competência suplementar, a ser exercida pelos Estados, Distrito Federal (art. 24, § 2º) e pelos Municípios (art. 30, II), ao passo que as normas gerais editadas no emprego da competência privativa são de outro tipo, pois não admitem competência suplementar, já que, Estados, Distrito Federal e Municípios detêm competência própria para se auto-administra-

[4] Sem entrar aqui na polêmica, levantada por José Afonso da Silva, sobre serem ou não, os Municípios "entidades federadas" (*in Curso de Direito Constitucional Positivo*, RT, S. Paulo, 6. ed., 1990, p. 538).

[5] Convocação e mobilização se excluem porque tocam também ao tema da defesa nacional (art. 21, III).

rem. A rigor, nem mesmo há competência privativa, mas exclusiva, nos quatro incisos indicados do art. 22, uma vez que sequer admitem a delegação, prevista no parágrafo único, que só teria cabimento em questões específicas.

A função da norma geral do primeiro tipo é inibidora do exercício da competência administrativa finalística por parte dos Estados e Municípios, ao passo que a norma geral do segundo tipo é condicionadora do exercício da competência administrativa instrumental que é própria de todos os entes políticos.

Eis porque, aplicando essa diferenciação aos temas das licitações e contratos administrativos, chega-se à conclusão que a norma geral sobre matéria financeira é categorialmente distinta da norma geral sobre matéria licitatória e contratual (administrativa).

Eis porque Adilson Abreu Dallari[6], embora não tendo desenvolvido especificamente esse raciocínio, foi levado, por pura e brilhante sensibilidade jurídica, a insistir na diferenciação entre o campo das finanças e o da administração, mesmo ao dar por superada (até certo ponto, portanto) a controvérsia surgida quando da edição do Decreto-lei nº 2.300/86 (ver nota 2): qualquer extrapolação, por parte da União, dos poderes de condicionamento da administração pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atribuindo à União, em vez de uma função condicionante, uma dilargada função inibidora, constituir-se-ia numa interpretação incompatível com o princípio da autonomia político-administrativa das unidades federadas.

4. *Identificação das normas gerais no atual estatuto federal*

O auto-intitulado "estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos", do Decreto-lei nº 2.300/86, foi declaradamente editado para "o âmbito da Administração Federal centralizada e autárquica",[7] mas, nas suas disposições finais e transitórias, as suas "normas gerais" tiveram sua aplicação estendida aos Estados, Municípios e Distrito Federal.[8]

Desde seu surgimento, os comentadores têm apresentado diferentes elencos do que lhes parecem ser tais normas gerais, uma vez que, com exceção do art. 85, parágrafo único, o legislador absteve-se de defini-las. Existem, assim,

[6] Anteriormente ao mestre paulista, Alice Gonzalez Borges deixou com clareza sua excelente visão de publicista: "Seria bem estranho que nessa matéria, administrativa por excelência, que diz de tão perto com a autonomia dos estados e dos municípios para organizar seus próprios serviços, pudesse a União ditar-lhes normas gerais de abrangência nacional, e ainda devesse autorizá-los a legislar matéria específica, nenhum espaço deixando para sua livre determinação". *In, op. cit.*, p. 19.

[7] Art. 1º.

[8] O art. 85, *caput*, menciona, ainda, curiosamente, "Territórios".

elencos mais e menos extensos, conforme o entendimento doutrinário de cada um sobre o próprio conceito de normas gerais.

Diógenes Gasparini, por exemplo, situando-se num extremo, depois de repassar as identificações feitas por Milton Nogueira Brandão,[9] pela Universidade de São Paulo,[10] pela Procuradora do Estado de São Paulo Maria Sylvia Zanella di Pietro[11] e por Toshio Mukai,[12] reduz o elenco apenas a quatro normas gerais que se imporiam aos Estados, Distrito Federal e Municípios, a saber: a) — a obrigatoriedade de licitar (art. 2º); b) — a obrigatoriedade de buscar a melhor proposta (art. 3º); c) — a proibição de instituir, no ato de abertura da licitação, cláusula que frustre o caráter competitivo do certame (art. 3º, § 1º, I); d) — a obrigatoriedade, sob certas condições, de preferir bens e serviços produzidos no Brasil (art. 3º, § 2º).[13]

Adilson Abreu Dallari, para dar um segundo exemplo, também é restritivo na sua interpretação do que sejam tais normas gerais; embora não decline um elenco geral, deixa claro seu entendimento do que elas são as encontradas nos arts. 1º a 4º "e mais algumas definições, alguns conceitos e algumas outras disposições amplas e genéricas que comportam aplicação uniforme em todo o território nacional, assim como também, ao mesmo tempo, uma complementação, em detalhamento, uma integração pela legislação específica de cada pessoa jurídica de capacidade política".[14]

Toshio Mukai é dos autores que ampliam o rol das normas gerais, como se lê em sua divulgada obra, na listagem fechada de 41 tipos.[15]

Para não insistir nos exemplos e prevalecendo-me da afinidade conceptual com a doutrina cuidadosamente desenvolvida por Alice Gonzalez Borges, fico, em princípio, com o seu elenco e correspondentes justificativas.[16] Permito-me, contudo, à luz das considerações de direito constitucional apresentadas, lançar algumas anotações, à guisa de *fine tuning*, nessa problemática e espinhosa tarefa de identificar as normas gerais no Decreto-lei nº 2.300/86.

A tônica dessa "sintonia fina", calcada sobre o elenco de Alice Gonzalez Borges, está em discriminar normas, aparentemente aplicáveis aos Estados, Distrito Federal e Municípios, mas que, na realidade, tocam em aspectos finalísticos da Administração Pública e não são, por isso, normas de condicionamento federativo da administração pública, capazes de se impor, validamente, como normas gerais.

[9] Parecer nº 37/87, Proc. G.G., nº 2.420/86.
[10] Portaria GR nº 2.211/86.
[11] *O Estado de São Paulo*, 21 de junho de 1987.
[12] *Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos*, Saraiva, São Paulo, 1988, p. 10.
[13] Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2. ed., 1992, p. 312.
[14] Adilson Abreu Dallari, *op. cit.*, p. 15.
[15] Toshio Mukai, *op. cit.*, p. 11, 12 e 13.
[16] Alice Gonzalez Borges, *op. cit.*, p. 55 a 73.

Nessa "sintonia fina" procuraremos, também, identificar normas de outros ramos do Direito, que não o Administrativo, porque sua eficácia é distinta e, finalmente, excluir todas as normas de procedimento administrativo, que não se subentendem na exceção do art. 22, XXVII, que se dirige ao processo administrativo licitatório.

A respeito desse último aspecto, é preciso insistir que as exceções devem ser interpretadas restritivamente. Se, por princípio, todas as entidades federadas têm autonomia político-administrativa, também, por corolário, compete-lhes definir o processo (finalístico) e o procedimento (instrumental) para realizar a administração pública que lhes cabe.

Ora, o que o art. 22, XXVII, estabeleceu, como exceção a esse princípio foi o tratamento das licitações, enquanto processo administrativo, e não dos procedimentos, pois, deve tratar do geral (finalístico) e não do particular (instrumental).

O procedimento é constituído de normas específicas, de minudência operativa, que devem, necessariamente, ser definidas conforme as possibilidades de cada ente político, ao passo que o processo, este sim, comporta normas gerais de aplicação uniforme em toda a Federação.

O processo licitatório se caracteriza pela seqüência de atos de caráter decisório, que a União pretendeu uniformizar, e não pela sucessão de atos secundários, que são procedimentais.

No próprio processo judicial, de competência privativa da União (art. 22, I), essa diferença está caracterizada constitucionalmente, na competência concorrente dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre "procedimentos em matéria processual" (art. 24, XI). Por mais controversa que seja essa competência para dispor sobre procedimentos, não pode haver dúvida de que o legislador constitucional, ao admitir a distinção, reconheceu nos procedimentos o caráter específico e detalhador que recomendaram seu tratamento regionalizado.

Em suma, toda norma procedimental do Decreto-lei nº 2.300/86 não é, por ser incompatível com o conceito adotado, uma norma geral de licitação.

Feitas essas indicações gerais introdutórias, vejamos que observações ainda posso alinhar no "Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos":

1º) — A inclusão das locações como contratos administrativos (art. 1º), merece um reparo: a União pode legislar privativamente sobre direito civil e concorrentemente sobre direito financeiro e, com regras dessa natureza, atingir todos os contratos de locação celebrados pela Administração Pública. Todavia, quanto aos aspectos administrativos, sua competência está limitada a normas

gerais sobre contratos realmente públicos, o que não é o caso da locação em que o Estado é locatário.

Quando a Administração recebe um bem em locação, esse contrato é privado, pois só o interesse público específico imediatamente atendido caracteriza um contrato público.[17]

A existência de um interesse público específico não é essencial quando a Administração vai buscar um imóvel para ocupar; ocorre, como no caso da desapropriação, que é irrelevante qual o interesse específico a ser atendido com a posse do imóvel locado, pois é este, apenas, um objeto visado, podendo ser, assim, um interesse público genérico.

Observe-se, ademais, que nos casos em que o Estado toma em locação um imóvel para expandir suas dependências operativas, a licitação é impossível, o que vem até reconhecido no art. 23, IV, do Estatuto.

Quando a Administração é "locadora", aí sim, ter-se-á um contrato de direito público, mas seu *nomen iuris* apropriado é concessão de uso.

2º) — A exigência de projeto básico aprovado por autoridade competente é uma interferência que refoge à matéria de licitações e contratos administrativos e só pode se destinar à Administração Federal. Lei federal da União não pode interferir no procedimento administrativo de cada unidade federada, disciplinando detalhamentos como a exigência de um projeto e, ainda por cima, "básico".

Tem-se aí uma norma de administração pública específica e inaplicável aos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 6º).

Quanto à necessidade da existência de previsão de recursos orçamentários para a contratação (art. 6º, *caput*) trata-se de norma geral de direito financeiro e, como tal, se aplica a todos os entes federados. Trata-se, portanto, de diferente fundamentação de competência exercida pelo legislador do "Estatuto".

3º) — A exigência de programação de execução das obras e dos serviços em sua totalidade (art. 7º e seus parágrafos) também é regra de direito financeiro, e por esse motivo se aplica como norma geral. Vale o comentário do item anterior, *in fine*.

4º) — O art. 13 contém dois comandos normativos gerais: um, de direito administrativo, relativo a contratações — a adequada caracterização do objeto de compras; outro, de direito financeiro — a indicação dos recursos financei-

[17] Nesse sentido, cf. n. *Curso de Direito Administrativo*, Forense, Rio, 10. ed., 1992, p. 128.

ros para seu pagamento. Ainda assim, entendemos que em caso de estado de necessidade pública, estando em jogo interesse público relevante e urgente, devidamente caracterizado, essa regra adjetiva cede diante de valores finalísticos de maior hierarquia (princípios constitucionais, como os dos Títulos I, II, o do art. 37, *caput*, e do art. 144, por exemplo).

5º) — A norma que exige a autorização legislativa para a alienação de bens da União e de suas autarquias (art. 15, I), não é geral, aplicando-se exclusivamente à União. Cada entidade federada disciplinará a alienação de seus bens sem ter que observar senão as normas de Direito Civil aplicáveis, que são aquelas que caracterizam os bens e estabelecem as formas e modos em que a alienação transferirá o domínio. A "autorização legislativa" será matéria de decisão constitucional estadual ou de lei orgânica municipal.

6º) — Quanto à exigência de avaliação prévia (art. 15, II), já é matéria de gestão patrimonial e há eficácia de norma geral de direito financeiro nessa prescrição, bem como quando obriga a concorrência e quando disciplina a dispensa.

7º) — O conceito de investidura (art. 15, § 2º), como variedade de acessão, é norma de direito civil, modo que é, de aquisição da propriedade imóvel.

8º) — A comprovação de recolhimento prévio para venda de bens é matéria de procedimento administrativo (art. 16), devendo adequar-se às condições econômicas de cada Estado e Município, não podendo, pelo exposto anteriormente, considerar-se norma geral de licitação nem de contrato administrativo.

9º) — A obrigatoriedade de manter registros cadastrais, para o caso de realização de "freqüentes licitações" (art. 27), tampouco pode ser considerada norma de condicionamento federativo da administração pública, contida no conceito de licitação e contratos administrativos, porque interfere na organização administrativa de cada entidade, além de lhe faltar cogência definida. Acresce que é o próprio parágrafo único do dispositivo que o torna facultativo, ao autorizar as unidades administrativas utilizarem-se "de registros cadastrais de outros órgãos ou entidades federais".

10º) — O ajustamento do edital de concorrências de âmbito internacional às diretrizes da política monetária e do comércio exterior (art. 34) não é uma norma geral de licitação, nem de contrato administrativo, mas, simplesmente, uma norma federal específica da União no exercício de sua competência constitucional para legislar privativamente sobre moeda e comércio exterior (art. 22, VI e VIII).

11º) — A exigência de comprovação da regularidade fiscal para licitar (art. 25, IV), não é norma geral de licitação, nem de contrato administrativo nem, ainda, de direito tributário; sua especificidade, dadas as características de cada tributo existente no País, além das contribuições com tratamento tributário, é patente, e seu tratamento só pode ser próprio de cada ente tributante e em relação a seus próprios tributos.

Ainda assim, deve-se levar em linha de conta que tal exigência legal pode configurar um desvio de poder do legislador que, tendo meios próprios para cobrar tributos, estaria usando de um meio oblíquo para coagir os contribuintes a quitá-los. Com isso, a lei violaria o princípio isonômico (art. 5º, *caput*), pois ter os tributos quitados ou não nada tem a ver com a aptidão técnica e econômica de uma empresa para oferecer as maiores vantagens como contratante da Administração.

Neste sentido, deve-se recordar a recente exposição do Professor Caio Tácito, no II Congresso Internacional de Direito Administrativo, dilargando à lei o instituto do desvio de poder.[18]

12º) — As regras sobre revogação e anulação (art. 39) não são normas gerais sobre licitação e contratação administrativa. São normas específicas dirigidas à Administração Federal. Cada entidade disciplinará como melhor lhe parecer esses institutos, inclusive a admissibilidade e as condições da provocação administrativa. Já o parágrafo primeiro trata de matéria de responsabilidade civil e, por isso, é norma (não geral) de competência da União. O parágrafo segundo se contém na competência para editar normas gerais sobre licitações e contratos administrativos.

13º) — A supletividade das disposições de direito privado aos contratos administrativos (art. 44, *caput*), embora pareça uma obviedade, com endereçamento não mais que didático, como lembra Toshio Mukai,[19] pode ser considerada, ainda assim, uma norma geral sobre contratação administrativa, bem como os parágrafos do dispositivo. Observe-se, porém, que nem todos os contratos de que trata o Decreto-lei nº 2.300 são administrativos, já que as locações, como se expôs, são celebradas sob regime privado quando a Administração é locatária.

14º) — A indicação de recursos para atender as despesas de contratação pública (art. 44, V) é norma geral de direito financeiro e, por isso, esse seu

[18] Realizado em Foz do Iguaçu, de 10 a 12 de agosto de 1992, referência feita à Conferência "Desvio de Poder como Controle da Legalidade".
[19] *Op. cit.*, p. 61.

diferente fundamento admitirá temperamentos específicos estaduais e municipais, para atender as suas peculiaridades financeiro-orçamentárias.

15º) — A disposição a respeito de exigência de prestação de garantia em contratos administrativos (art. 46, *caput*) não tem suporte na competência excepcional do art. 24, XXVII, da Constituição. Poderia ser considerada, se contivesse algum preceito cogente para a Administração, norma de direito financeiro, o que não se dá, pois é meramente facultativa.

É, todavia, norma geral de licitação, a opção aberta ao licitante, pela modalidade de garantia que desejar (art. 46, § 1º).

16º) — A duração dos contratos não pode ser sujeita às normas gerais, pois dependerá sempre da natureza de cada um (art. 47, *caput*). As regras limitativas valem para a União, porque apesar de serem de direito financeiro, pois se referem a créditos orçamentários, pelo motivo exposto não são gerais, devendo receber tratamento específico por parte de cada ente político.

17º) — As prerrogativas do Poder Público (art. 48, I, II, III e IV) decorrem diretamente da autonomia político-administrativa do art. 18 da Constituição. Não são normas gerais de licitação e contratação administrativa, mas enunciados de valor didático, conseqüências que são de princípios gerais de Direito Administrativo universalmente adotados.

18º) — Da mesma forma, a prerrogativa da Administração de declarar a nulidade de atos e contratos administrativos (art. 49) é corolário de princípios gerais e conseqüência do poder estatal a ela inerente.

19º) — A regra de indenização (art. 49, parágrafo único) é, nitidamente, de direito civil, apontando o locuplemento integral às custas do contratado que houver executado, de boa-fé, o contrato que vier a ser anulado.

20º) — Tem razão Alice Gonzalez Borges ao categorizar a regra que obriga o contratado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões de impostos pela Administração, em percentuais específicos (art. 55, § 1º), como não cogentes,[20] pois, por sua evidente minudência numérica, não se classificaria como norma geral, ainda porque interferiria no poder-dever das entidades políticas de definir, caso a caso, o melhor atendimento ao interesse público específico a seu cargo.

21º) — A regra do acompanhamento e fiscalização do contrato (art. 57) é procedimental e, por isso, não se aplica aos Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme já exposto.

[20] *Op. cit.*, p. 67.

22º) — A norma de responsabilidade civil do empreiteiro (art. 63, § 2º) não é norma geral de licitação ou de contrato administrativo, mas tem apoio na competência da União para legislar privativamente sobre direito civil (art. 22, I) e exercício das profissões (art. 22, XVI), aplicando-se, pois, com essa eficácia.

23º) — O recebimento do objeto do contrato (art. 66) é matéria de direito civil.

24º) — O mesmo se diga quanto à regra da inexecução (art. 67).

25º) — As normas de contagem de prazo são procedimentais (art. 76), aplicam-se apenas à Administração Federal.

26º) — As regras de controle de despesa (art. 79), são normas gerais de direito financeiro, mas a competência normativa prevista no parágrafo segundo, porém, para "expedir instruções reguladoras dos procedimentos licitatórios e dos contratos administrativos", não é norma geral, aplicando-se, tão-somente, à União, de vez que a atribuição de tal competência normativa aos órgãos de contas das demais unidades federadas só poderia decorrer de comando constitucional expresso, já que interfere no equilíbrio dos Poderes do Estado, exatamente como as elencadas no art. 71 da Carta Magna. Mesmo no âmbito da União, admite-se, esse poder normativo não pode interferir na administração de qualquer dos Poderes. Vale lembrar que essa competência normativa se prende às regras gerais sobre controle externo, da Constituição de 1967, com a redação da Emenda nº 1 (art. 70, §§ 1º e 3º) revogadas pela Constituição de 1988, que preferiu tratar o tema apenas como regras específicas (art. 71, incisos I a XI), excluindo, assim, qualquer poder normativo implícito, salvo os *interna corporis*, como dispõe o art. 73 (cf. art. 96, I).

27º) — A norma que distingue "as aquisições de equipamentos e materiais e realização de obras e serviços, com base em política industrial e de desenvolvimento tecnológico ou setorial do Governo Federal" (art. 86, § 1º), atenta contra os artigos 19, III, da Constituição (que proíbe criar diferenças entre os licitantes) e 174 (que dá eficácia meramente indicativa ao planejamento estatal, no que se refere ao setor privado).

28º) — A regra que disciplina a revisão de valores monetários (art. 87) não é norma geral de licitação e contratação administrativa, mas deriva da competência privativa da União para legislar sobre sistema monetário (art. 22, VI, da Constituição).

5. *Os princípios da licitação*

A doutrina concorda que a licitação é um procedimento administrativo destinado a selecionar o contratante que apresente as condições mais vantajosas para a Administração Pública, como está claro no próprio texto legal (art. 3º, do Estatuto, reconhecidamente uma norma geral).

Concorda, ainda, a doutrina prevalecente no País, que o autor do projeto do atual Estatuto, o pranteado Mestre Hely Lopes Meirelles, elencou prodigamente os princípios que a informam:[21] procedimento formal, publicidade de seus atos, igualdade entre os licitantes, sigilo na apresentação das propostas, vinculação ao edital ou convite, julgamento objetivo e adjudicação compulsória ao vencedor.[22]

Em rol menos extenso, o legislador de 1986 explicitou no "Estatuto", cinco princípios: da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.[23]

Embora se pudesse considerar implícito, pela própria natureza da licitação, nenhum dos elencos mencionados ou deu a devida preeminência ao mais importante dos princípios que a orientam: o da concorrência (ou da competitividade ou da competição) entre os licitantes.

Não obstante, esse princípio, diretamente defluente da própria principiologia geral da Constituição de 1988 para toda a ordem econômica (art. 170, IV, fundamento do regime da economia de mercado), é hoje considerado o mais importante, o que contém toda a teleologia do instituto, não sendo, os demais, senão instrumentais em relação a ele.

Agustín Gordillo observa que o princípio da igualdade foi sempre enfatizado na doutrina e na jurisprudência como o mais importante ou um dos mais importantes da licitação,[24] de modo que gravitavam em torno nessa exigência de tratamento igualitário dos licitantes, todos os demais.

[21] V. Toshio Mukai, *op. cit.*, p. 16.

[22] Hely Lopes Meirelles, *Licitação e Contrato Administrativo*, Ed. RT, São Paulo, 1973, 1. ed., p. 11 e 7. ed., 1987, p. 9.

[23] Decreto-lei nº 2.300/86, art. 3º, *caput*.

[24] Conforme exposição e documento apresentados ao II Congresso Internacional de Direito Administrativo em Foz do Iguaçu, 10 a 12 de agosto de 1992, sob o título "Licitações e Contratos Administrativos em Geral" (p. 3) no qual cita, com essa ênfase, E. Sayagués Laso, André de Laubadère, Miguel Ángel Berçaitz, José Roberto Dromi, Miguel S. Marienhoff e, no Brasil, Celso Antonio Bandeira de Mello, Adilson Dallari e Lúcia Valle Figueiredo, entre outros.

Entre nós, o princípio da igualdade recebeu até assento constitucional (art. 37, XXI), daí o entender-se que domina todo o processo, enquanto, como se exporá, ele tem endereçamento pertinente no julgamento das propostas e não na fase de habilitação.

Como conseqüência dessa inversão a excessiva importância dada ao princípio da igualdade se expressou no aumento das exigências formais que deveriam ser satisfeitas pelos licitantes para serem habilitados ao certame.

De tal forma a obsessão com o formalismo passou a dominar as licitações, que a competição se deslocou da oferta das melhores condições de mercado para a arte de cumprir "todos e cada um dos infinitos papéis e requisitos burocráticos que condicionavam a admissibilidade (*id est*, validez) das ofertas".[25]

Todos os que têm prática em procedimentos licitatórios sabem que os "habilitados" licitantes, que logram satisfazer as formalidades vestibulares, copiosamente exigidas nos editais, não raro contam com a ajuda dos próprios agentes administrativos, tanto para estipular as exigências quanto, depois, para satisfazê-las.

Assim, a pouca preocupação com o princípio da competição e excessiva ênfase com os da igualdade e o da formalidade, acabam não só reduzindo o universo dos licitantes, como se prestando admiravelmente às formas mais sutis de corrupção que, conforme recentemente, em sucinto artigo, tive oportunidade de apontar, não se aninham no curso do processo licitatório, mas nos conluios envolvendo os agentes administrativos.[26]

De minha parte, tanto em meu *Curso de Direito Administrativo*,[27] em que sublinho que a igualdade existe para garantir a "democratização do acesso à contratação do Estado", como no recente artigo acima indicado,[28] em que a explico como um meio de garantir o "caráter competitivo do procedimento licitatório", jamais dei a esse princípio tal desmesurada amplitude que, infelizmente, as longas listas de exigências para a habilitação, das leis, dos regulamentos e dos editais, acabaram dando, de modo que, afinal, parafraseando G. Orwell, "alguns licitantes acabam sendo mais iguais que outros".

Essas observações vêm a talho de foice no momento em que se cogita de rever a legislação federal sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos, não só para reduzir os vícios acumulados que facilitam abertamente a corrupção como, mais que tudo, para adequar-se às exigências dos novos tempos e da dinâmica própria da economia.

[25] Agustín Gordillo, dissertação citada, p. 4.
[26] Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "Licitações", *in Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, a. 29, n. 113, jan./mar. 1992, p. 256.
[27] *Op. cit.*, p. 121.
[28] *Op. cit.*, p. 246 e 247.

6. *Perspectiva de projetos modernizadores — Conclusões*

Existiam, no momento em que se concluía este trabalho, seis projetos distintos para uma nova lei que substituirá o Decreto-lei nº 2.300/86.

Nenhum deles, separadamente, satisfaz, embora todos contenham correções e inovações aproveitáveis. A "tradição formalista", a que se refere Gordillo[29] continua a interpretar o princípio de igualdade como estrita e geral submissão às formas processuais.

Não obstante, sabemos que hoje domina amplamente os procedimentos licitatórios dos países mais desenvolvidos o princípio da competição, para que se possa contar com maior número possível de licitantes, pois o uso é que serve à finalidade dos certames.

O critério é portanto o informalismo da admissão, por ser uma etapa meramente preparatória, que não deve ser excludente de nenhum licitante, senão em casos extremos, pois o importante é saber-se quem poderá oferecer a proposta mais vantajosa.

Somente depois da habilitação o formalismo pode crescer no processo, pois se trata de julgar as propostas. Se, por acaso, a melhor proposta for de licitante que, eventualmente, não satisfez, na ocasião, as formalidades da habilitação, deve-se-lhe abrir um prazo sanatório, pois, de outra maneira, estaríamos submetendo a finalidade a uma formalidade.

Agustín Gordillo vai mais além e, examinando a aplicação do princípio da igualdade, demarca três fases no processo licitatório: a inicial, de habilitação; a intermédia, de adjudicação; e a final, de execução, que ao contrário de que se passa atualmente na legislação brasileira, estende o processo por toda a duração do contrato adjudicado, permitindo que os licitantes perdedores continuem acompanhando a sua execução, controlando, assim, se o vitorioso se beneficiará de vantagens não previstas.[30]

São, destarte, três distintos momentos de ponderação da igualdade: na habilitação, os licitantes são admitidos com o máximo de informalidade possível, sem preocupação com a igualação de documentação, pois o objetivo é contar com o maior número de concorrentes; na adjudicação, a igualdade e a formalidade têm maior peso, pois se trata do julgamento das propostas, segundo critérios precisos e parâmetros definidos; na execução, mantém-se o princípio da igualdade, garantindo-se a todos a informação necessária para acom-

[29] *Op. cit.*, p. 8.
[30] *Op. cit.*, p. 5 e 6.

panharem a execução do contrato adjudicado e terem conhecimento de qualquer favorecimento superveniente.[31]

Maria Sylvia Zanella di Pietro acompanha essa preocupação com o formalismo atual da fase de habilitação, demonstrando, com sua exegese do art. 37, XXI, da Constituição, para concluir que é possível dele extrair-se a conclusão contrária ao excesso de condicionamentos, pois o legislador constitucional admitiu apenas as "exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do conjunto das obrigações", o que as submete aos princípios da razoabilidade.[32]

Está claro que essas exigências, quando razoáveis, devem ser atendidas, mas, ainda assim, é necessário que se conte com flexibilidade para aceitar-se a satisfação das formalidades mesmo depois da fase de habilitação, com o bom uso do instituto da sanatória, pois os defeitos de forma são sanáveis, já que não são essenciais para atender à finalidade da licitação, que é a de encontrar a proposta mais vantajosa.

Em suma, é hora de grandes mudanças na sistemática das licitações, podendo-se alinhar as seguintes indicações, à guisa de conclusões:

1º) — As licitações e contratos administrativos devem servir à finalidade de alcançar-se as maiores vantagens para a Administração, numa quadra de extrema competitividade nos mercados nacionais e internacionais.

2º) — Para tanto é preciso desenfatizar o princípio da igualdade e o formalismo, pelo menos na fase de habilitação dos interessados em contratar com a Administração.

3º) — O princípio da competição deve ser, por seu turno, enfatizado, garantindo-se, com parâmetros previamente definidos e seguros, a vitória da proposta mais vantajosa, ainda que se deva admitir a sanatória de exigências formais.

4º) — A etapa da execução do contrato deve fazer parte do processo licitatório, pois nela é que se pode favorecer o licitante vitorioso em detrimento do princípio da igualdade.

[31] É, ainda, Gordillo que nos dá conta de que os instrumentos de controle podem ser extremamente aperfeiçoados neste sentido, do acompanhamento da execução dos contratos licitados, como, por exemplo, nos Estados Unidos da América, o *Freedom of Information Act* e, para denunciar fraudes, a lei *qui tam*, uma espécie de variedade de ação popular que associa o seu autor no ressarcimento do dano.

[32] Tema "Licitação e Contratos Administrativos. Legislação vigente e proposta de alteração", apresentado no II Congresso Interamericano de Direito Administrativo, Foz do Iguaçu, de 10 a 12 de agosto de 1992.

5º) — É preciso, portanto, pensar em novos mecanismos de controle específicos para licitantes, agentes públicos, partidos políticos ou terceiros interessados poderem acompanhar e denunciar desvios da execução que favoreçam o adjudicatário.

6º) — Conviria que a nova lei de licitações e contratos administrativos definisse claramente as normas gerais aplicáveis aos Estados, Distrito Federal e Municípios, pois, com a atual sistemática, chega-se a um resultado oposto do desejado, desaparecendo o intuito de unidade, já que cada entidade federativa interpreta à sua maneira o que sejam as normas gerais.[33]

7º) — Aberrações, como as do atual art. 52, § 3º, do "Estatuto", que manda aplicar dispositivos de direito público a contratos privados, devem ser evitadas, não só porque vão de encontro ao espírito da Constituição (art. 173, § 2º) como às tendências do Direito Administrativo contemporâneo, que prestigia a competição e foge dos privilégios em matéria econômica.

Essas providências, se acolhidas, modernizariam, por certo, o processo licitatório e a contratação pública no País, com vistas a um futuro próximo, em que a execução da administração pública dar-se-á, cada vez mais, sob regime privado, em tudo o que for possível, reservando-se, o Estado, por seu turno, cada vez mais, a direção político-administrativa do processo.[34]

[33] Isso não significa que seriam normas gerais o que a lei federal dissesse que o são, pois tal petição de princípio não teria sentido, mas, por certo, obrigará o legislador a fazer um exercício lógico-jurídico básico indispensável para iniciar-se, aí sim, uma convergência unificadora das licitações no País, no que é realmente nacional e essencial.

[34] Ver, neste sentido, Massimo Severo Giannini, *Trattato di Diritto Amministrativo*, Ed. Cedam, Pádua, 1988, vol. I, *passim*.